

Czy neokonstytucjonalizm istnieje? (2015)

Mauro Barberis*

This is the old Platonic riddle of nonbeing.
Nonbeing must in some sense be,
otherwise what is it that there is not?

Quine¹

I. Wprowadzenie

W wyniku ożywionej debaty, do której doszło we Włoszech, Hiszpanii i Ameryce Łacińskiej, nieuniknione stało się zapytanie: czy neokonstytucjonalizm istnieje? Tego zadania podjął się mój mistrz i przyjaciel Riccardo Guastini: dla niego słowo „neokonstytucjonalizm” nie oznacza „pewnej tezy mającej rzeczywisty charakter teoretyczny i nadającej się do dyskusji”, lecz „konglomerat [...] postaw aksjologicznych i tez

* Profesor zwyczajny filozofii prawa na Università degli studi di Trieste. Tekst ten został przedstawiony na Uniwersytecie w Gironie (Hiszpania). Chciałbym w tym miejscu podziękować Pietro Fargunie, Nicoli Muffato, Alesio Sardo i wszystkim uczestnikom seminarium w Gironie za uwagi do pierwszej wersji tej pracy.

¹ W. V. O. Quine, „On What There Is”, *Review of Metaphysics* 2/1948, nr 5, s. 21.

normatywnych”². W istocie, w tej samej pracy Riccardo nie ogranicza się do wyrażenia dezaprobaty; przytacza kilka tez teoretycznych neokonstytucjonalizmu – związek prawa z moralnością, różnicę między zasadami i regułami, stosowanie zasad w drodze ważenia, a reguł przez subsumpcję – i rozległe je krytykuje.

Jako współodpowiedzialny, wraz z Susanną Pozzolo i Paolo Comanduccim³, za powstanie tego pojęcia powinienem próbować go bronić, jednak ulegam pokusie zaniechania tego z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, wymyśliliśmy słowo „neokonstytucjonalizm” przede wszystkim po to, by go krytykować, a więc dość paradoksalna jest rosnąca liczba teoretyków z państw łacińskich Starego i Nowego Kontynentu, którzy identyfikują się pod tą wątpliwą etykietą, nieznaną reszcie świata⁴. Po drugie – i przede wszystkim – wątpliwości

² Zob. R. Guastini, „Sur le néoconstitutionnalisme”, tłum. J. Mercier, [w:] *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, red. J.-Y. Chérot [et al.], Bruxelles 2013, s. 255, *Penser le droit*. Guastini aprobując cytuje podobne rozważania Francisco Laporta z: M. Atienza, F. Laporta, „Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía* 31/2009, s. 209–223. Swego rodzaju manifestem neokonstytucjonalizmu, nieco potwierdzającym niektóre obserwacje Guastiniego, jest praca M. Atienzy i J. Ruiza Manera, „Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía* 27/2007, s. 7–28, która zapoczątkowała długą dyskusję między Atienzą a Pierluigim Chiassonim (M. Atienza, P. Chiassoni, „Debate sobre el positivismo jurídico”, *Analisi e diritto* 2010, red. P. Comanducci, R. Guastini, Torino 2010, s. 285–331).

³ Na temat pochodzenia tego słowa zob. S. Pozzolo, „Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, tłum. J. M. Vilajosana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 21-II/1998, s. 339–353 [poz. nr 3 w bieżącym tomie, s. 83–102]. Co do jego pierwszej definicji zob. M. Barberis, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino 2008, s. 29–37; co do pierwszego ujęcia problemowego zob. P. Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México 2007, s. 74, przypis 2.

⁴ O neokonstytucjonalizmie jest mowa przede wszystkim we Włoszech i Ameryce Łacińskiej; w Hiszpanii mówi się raczej o konstytucjonalizmie, myląc tę dawną tradycję filozoficzno-polityczną ze współczesną teorią prawniczą nazywaną

Guastiniego są należycie uzasadnione; jeżeli neokonstytucjonalizm byłby w dalszym ciągu definiowany tak, jak sam go definiowałem aż do chwili obecnej, mógłby być postrzegany jako puste pojęcie, teoria, której nigdy nie popierał żaden prawdziwy autor – albo jeszcze gorzej: mogłoby chodzić o pojęcie błędnie uformowane, które faktycznie zaprzecza sobie z samej definicji.

W zasadniczych częściach tego opracowania chciałbym zmierzyć się z trzema problemami, prowokacyjnie podnoszonymi – pośrednio lub wprost – przez Guastiniego. Przede wszystkim z problemem metodologicznym: co uprawnia do mówienia o nowej teorii prawa? Następnie z problemem metateoretycznym: jeżeli przyzna się, że neokonstytucjonalizm istnieje (w końcu dłaczego miałby nie istnieć?), to jak najlepiej go zdefiniować? Wreszcie z problemem teoretycznym: czy neokonstytucjonalizm stanowi przekonującą alternatywę teoretyczną dla pozytywizmu prawniczego? Aby krótko uciąć wszelki suspens, oto moje konkluzje: neokonstytucjonalizm istnieje, a pozytywiści tacy jak Guastini powinni traktować go o wiele poważniej, jak już robią, nie uznając go jednak.

II. Metodologia: ostatecznie neokonstytucjonalizm istnieje

Oto moje pierwsze pytanie, natury metodologicznej: co pozwala mówić o różnych tezach bronionych w ciągu ostatnich 50 lat pod rozmaitymi nazwami – takimi jak: „teza o prawach podmiotowych”, „prawo jako integralność”, „prawo jako interpretacja”, „nie-pozytywizm”, „kon-

„neokonstytucjonalizmem”. Odwrotnie jest w świecie anglojęzycznym, gdzie od lat 90. mówi się o *new constitutionalism*, odnosząc się do najnowszych osiągnięć globalnego konstytucjonalizmu, a w szczególności do rosnącej roli sędziów. Por. A. Stone Sweet, J. Matthews, „Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008, s. 85, przypis 27; R. Hirschl, „The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review* 75/2006, nr 2, s. 721–754.

stytucjonalizm”, „postpozytywizm”, „pozytywizm inkluzyjny” – jako o nowej teorii prawa? Czy nie lepiej byłoby odstąpić od użycia tych niejednoznacznych etykiet i mówić o tezach wspieranych przez prawdziwych ludzi, takich jak: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Alfonso García Figuerola i wielu innych? Nawet jeżeli nie można oszczędzić sobie używania takich etykiet, czy przynajmniej możliwe jest wcześniejsze ich zdefiniowanie, a jeżeli tak, to poprzez użycie definicji jakiego rodzaju? W końcu oraz przede wszystkim: jaką definicję nadać „neokonstytucjonalizmowi”?

1. Przede wszystkim może należałoby powstrzymać się od użycia takich wyrażeń jak „neokonstytucjonalizm”, ale także „pozytywizm”, „obiektywizm etyczny”, „pluralizm wartości” itd. Jak zauważa Joseph Raz, chodzi tu tylko o etykiety, a kiedy uprawia się teorię prawa, właściwsze byłoby mówienie o tezach bronionych przez ich autorów w poszczególny sposób⁵. Sam Raz stosuje tę radę dosłownie, rozważając tylko tych autorów, których zna osobiście lub spotyka codziennie w Oksfordzie i których, w razie potrzeby, może poprosić o autentyczną interpretację ich myśli. Jednak przeniesienie się do Oksfordu po to, by podyskutować na żywo z autorami, jest kosztowne, a w wielu przypadkach niemożliwe, gdyż pozostały tam już tylko kości niektórych oksfordzkich teoretyków prawa. A przede wszystkim powstrzymanie się od etykiet jest niezwykle trudne i na poziomie (meta)teorii staje się prawie niemożliwe.

Autorem, który pokazał to lepiej niż inni, był właśnie dawny mistrz Raza, Herbert Hart. Hart zrobił dobry użytek z etykiet, nadając je w dwóch debatach teoretycznych, które są dalekie od zakończenia: kwestii związków między prawem i moralnością oraz problemowi interpretacji. Do rozważenia związków między prawem i moralnością

⁵ Zob. J. Raz, „The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism”, [w:] *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, red. G. Pavlakos, Oxford 2007, s. 35.

Hart przystąpił za pomocą rozróżnienia między iusnaturalizmem, utożsamionym z tezą o koniecznym związku, a pozytywizmem, zrównanym z tezą o rozdziale prawa i moralności. W ten sam sposób zmierzył się z problemem interpretacji, odróżniając formalizm (interpretacyjny), sceptycyzm (interpretacyjny) oraz teorię mieszaną⁶.

W obydwu przypadkach Hart dokonał tego samego zabiegu, bardziej syntetycznego niż analitycznego: przypisał etykiety do tez zupełnie różnych, a nawet nieporównywalnych autorów, faktycznie dotychczas ignorowanych – po to, by rozpocząć międzynarodową debatę, która prawie jeszcze nie istniała. To w tym celu musiał wymyślić nie tylko etykiety, lecz także techniki definiowania, które mogą być ponownie użyte w odniesieniu do zagadnienia neokonstytucjonalizmu, jak zostanie pokazane w następnym punkcie. Co więcej: Hart zrobił duży użytek z zasady wielkoduszności interpretacji (ang. *principle of charity*), starając się nadać rozsądny sens nawet tym tezom, których nie podzielał.

Oczywiście nie ma nic rewolucyjnego w tej postawie; wielkoduszność interpretacji stanowi jedynie rozpowszechnienie jednej z niepisanych zasad debaty oksfordzkiej na polu dyskusji międzynarodowej⁷. To prawda, że także w Genui wielkoduszna interpretacja jest używana w stosunku do przyjaciół. Dla przeciwników zarezerwowano całkowicie odmienny styl interpretacji i argumentacji: polowanie na ideologię. Z pewnością to ostatnie nie jest już stosowane ani w swojej pierwotnej wersji marksistowskiej, ani w jednej z licznych wersji postmodernistycznych; zazwyczaj zadowolamy się dyskusją opinii innych w ich najgorszej interpretacji,

⁶ Oba te rozróżnienia można już odnaleźć w: H. L. A. Hart, „Positivism and Separation of Law and Morality”, *Harvard Law Review* 71/1958, nr 4, s. 593–629, a później w: idem, *The Concept of Law*, Oxford 1961, w sposób może historycznie sporny, ale teoretycznie owocny.

⁷ Jak to sprawnie wykazuje M. Riccardi, *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa 2008, chociaż nie podzielam jego neoprawnonaturalnej reinterpretacji Harta.

czyli zmierzamy do wykazania, że nie są one rozsądne, a nawet że są bezsensowne, i najczęściej udaje się to osiągnąć⁸.

To w ten sposób neokonstytucjonalizm, interpretowany mało wielkodusznie, ostatecznie jawi się jako ideologia; kłopot polega na tym, że żadna teoria prawa nie ucieka od posądzenia o ideologizację. Z pewnością iusnaturalizm, uwikłany w tezy normatywne, pojęciowe i empiryczne, nie ucieknie od tego; ale nawet pozytywizm prawniczy – i ten pozytywizm metodologiczny, którym jest realizm prawniczy – również od tego nie ucieknie. Ich najbardziej nienaganne teorie poznawcze są obwarowane wieloma założeniami oraz konsekwencjami normatywnymi. Jeżeli chce się wziąć na poważnie wszystkie te teorie, pozostaje jedynie zinterpretować je w sposób najbardziej wielkoduszny, *à la* Hart: jest to ważne również w odniesieniu do neokonstytucjonalizmu, ostatniego potomka w tym znamienitym łęgu.

2. Przyznając, że użycie etykiet jest dozwolone, korzystne, a nawet nieuniknione, w każdym przypadku należy je jeszcze rygorystycznie zdefiniować, syntetyzując teorie znacznie bardziej wyartykułowane w formułach je reprezentujących. Jest to szczególnie ważne w przypadku neokonstytucjonalizmu – należy go zdefiniować i zrekonstruować jako teorię jednocześnie wiarygodną i podlegającą krytyce; gdyby chodziło jedynie o jakąś teorię z definicji niespójną, nie byłoby warto o niej mówić. Ale w tym punkcie wyłaniają się co najmniej cztery problemy: najpierw należy zaradzić dwuznaczności teoria–przedmiot teorii, dotykającej zazwyczaj nazwy kończące się na „-izm”; następnie poszukać

⁸ Zob. już w: M. Barberis, „Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria”, *Materiali per Una Storia Della Cultura Giuridica* 2/1987, s. 317–355. W kwestii najbardziej wielkodusznej interpretacji samego polowania na ideologie zob. B. Celano, „Ragione pubblica e ideologia”, [w:] *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, red. I. Trujillo, F. Viola, Bologna 2007, s. 355–388. Na temat szkoły genueńskiej obecnie konieczne jest przywoływanie dzieła: *El realismo jurídico genovés*, red. J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti, Madrid 2011.

techniki definicyjnej, która pasuje do nazw teorii; z drugiej strony trzeba uniknąć szczególnego *vagueness*, powszechnego dla tych nazw; w końcu – zastosować wszystkie te narzędzia teoretyczne dla zredefiniowania „neokonstytucjonalizmu”.

Zacznijmy od trzech pierwszych problemów, pozostawiając rozwiązanie czwartego do następnego punktu. Przede wszystkim należy rozwiązać dwuznaczność teoria–przedmiot teorii⁹. „Neokonstytucjonalizm”, jak sugeruje przedrostek „neo-”, na pewno nie wymaga połączenia praktyk i doktryn obecnie charakteryzowanych przez takie terminy, jak: „konstytucjonalizm”, „liberalizm” i „pluralizm”. „Neokonstytucjonalizm” – w takim znaczeniu, w jakim używa się tego terminu w Genui – wskazuje tylko pewną *third theory of law* (trzecią teorię między prawem natury a pozytywizmem prawniczym, jak ją nazywa John Mackie¹⁰) – bronioną przez ostatnich 50 lat przez Ronalda Dworkina i jego fanów w kontekście prawa konstytucyjnego: prawa typowego dla konstytucyjnego państwa prawa lub państwa konstytucyjnego (niem. *Verfassungsstaat*), bez dodatkowej kwalifikacji¹¹.

Następnie należy znaleźć technikę definiowania odpowiednią dla nazw teorii, nawet jeżeli wybór jest prawie oczywisty. Jeżeli chce się zidentyfikować neokonstytucjonalizm, odróżniając go od innych teorii prawa, nie ma w istocie alternatywy dla techniki definiowania wybranej przez Harta dla iusnaturalizmu i pozytywizmu prawniczego: chodzi

⁹ Por. P. Comanducci, „Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica”, [w:] *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, red. T. Mazzaresse, Torino 2002, s. 71. O ile „konstytucjonalizm” i „neokonstytucjonalizm” używane są często w dwóch znaczeniach, to termin *new constitutionalism* (por. *supra* przypis 4) przede wszystkim oznacza przedmiot teorii.

¹⁰ Zob. J. Mackie, „The Third Theory of Law”, *Philosophy & Public Affairs* 7/1977, s. 3–16.

¹¹ Odnośnie do pojęcia konstytucjonalizacji zob. przynajmniej *The Unity of Public Law*, red. D. Dyzenhaus, London/Portland 2004, a przede wszystkim R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino 2011, s. 195–223.

o znalezienie serii tez charakterystycznych dla neokonstytucjonalizmu, takich, które odróżnią jego zwolenników od zwolenników iusnaturalizmu i pozytywizmu. W następnym punkcie zostaną pokazane te charakterystyczne tezy, ale należy tutaj co najmniej wspomnieć o trzecim problemie generowanym przez tę technikę definiowania.

Nazwy kończące się na „-izm”, jak już zobaczyliśmy, cierpią z powodu dwuznaczności teoria–przedmiot teorii; ich znaczenia z kolei cierpią z powodu tzw. *combinatory vagueness*: jedynej postaci nieostrości, która być może jest nieusuwalna. O ile terminy takie jak: „gra”, „liczba”, „religia”, „nauka”, „prawo” mogą w końcu zostać zdefiniowane, nawet *per genus et differentiam*, o tyle nie jest to możliwe w przypadku nazw teorii kończących się na „-izm”, przynajmniej w przypadku iusnaturalizmu i pozytywizmu prawniczego: nazwy te rzadko wskazują tezy naprawdę wspólne dla wszystkich autorów w ten sposób etykietowanych. Weźmy tylko termin „pozytywizm prawniczy” – według Harta powinien on wskazywać na teorie, których wspólnym składnikiem jest teza o rozdziale prawa i moralności.

Otóż od kilku lat nie jest to już prawda. W Oksfordzie lub w jego okolicach nie przestają rozkwiatać rozmaite interpretacje tej tezy; dotarto nawet do oceny, że jest ona zbyt absurdalna, by pomyśleć, że ktoś będzie w stanie kiedyś ją obronić¹². Istnieje wręcz pewien typ pozytywisty – znowu takiego jak Raz – zdaniem którego zachodzą prawie nieskończone związki pojęciowe między prawem i moralnością, przynajmniej jeśli nie odnosimy się do problemu identyfikacji prawa (kwestii *quid iuris*),

¹² O interpretacjach zaproponowanych przez pozytywizm normatywny, wykluczający i inkluzyjny zob. przynajmniej J. J. Moreso, „Positivismo jurídico y aplicación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 27/2004, s. 45–62. Natomiast o poglądzie głoszącym, że teza o rozdziale prawa i moralności „jest absurdem i, jak się wydaje, żaden filozof prawa jako taki nie mógł nigdy czegoś takiego głosić” por. J. Gardner, „Legal Positivism: 5½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence* 46/2001, s. 223.

lecz do problemu jego definicji (*quid ius*)¹³. W związku z tym Raz proponuje jako cechę charakteryzującą pozytywizm prawniczy swoją tezę o społecznych źródłach prawa, która przynosi tyle samo problemów, wyłączając z obszaru pozytywizmu inkluzyjny pozytywizm prawniczy, a więc również pozytywizm Harta.

Podobnie jest z tezą o związku prawa i moralności przyjmowaną przez neokonstytucjonalistów w bardzo różnych wersjach, które jednak, zdaniem Luigiego Ferrajoli, podpadają pod iusnaturalizm¹⁴. Wreszcie nie można utrzymywać, że aby być zaliczonym do grona neokonstytucjonalistów, wystarczy analizować pewne typowe problemy, nawet bez podzielania ich rozwiązań¹⁵. Przykładowo Guastini nie robi nic innego od dekad, lecz to nie wystarczy, żeby przypisać mu etykietę „neokonstytucjonalisty”. Konieczne jest więc sporządzenie listy tematów i twierdzeń, problemów i rozwiązań typowo neokonstytucjonalistycznych. Przysłówek „typowo” ostrzega tutaj, że można należeć mniej lub bardziej do neokonstytucjonalizmu, tak jak do innych „-izmów”, zależnie od tematów lub tez, które się podziela.

W stosunku do *combinatory vagueness* nazw teorii, którym neokonstytucjonalizm jest obciążony ani mniej, ani więcej niż wszystkie

¹³ Por. ponownie J. Raz, „The Argument...”, s. 20–21. Jak powszechnie wiadomo, autor proponuje jako kryterium rozróżnienia pozytywizmu prawniczego własną „tezę o źródłach społecznych”, co rodzi jeszcze więcej problemów niż „teza o rozdziale”, w szczególności poprzez wymazanie inkluzyjnego pozytywizmu prawniczego samego Harta.

¹⁴ Por. L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale* 3/2010, s. 2771–2816, który obecnie rozróżnia konstytucjonalizm pozytywistyczny gwarancyjny (czyli jego teorię) oraz konstytucjonalizm prawnonaturalny zasad (czyli neokonstytucjonalizm jako taki). Por. M. Barberis, „Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34/2011, s. 89–93, dla poznania masy zarzutów.

¹⁵ Jak zaproponowali jako definicję filozofii analitycznej M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1988, s. 85 i n.

inne „-izmy”, można by znaleźć remedium za pomocą definicji przez przypadek wzorcowy (i podobieństwo rodzinne), opracowując listę przykładów typowych problemów i rozwiązań neokonstytucjonalistycznych¹⁶. Ten typ definicji został oryginalnie zaproponowany przez Vittoria Villę i przeze mnie dla wszystkich terminów, takich jak „gra”, „religia”, „prawo”, przedstawiających tę nieostrość w taki sposób, że wydaje się niemożliwe ich zdefiniowanie przez rodzaj i różnicę gatunkową. Dzisiaj myślę, że ich zdefiniowanie jest prawie zawsze możliwe, nawet *per genus et differentiam*, ale dla nazw teorii kończących się na „-izm” definicja przez przypadek wzorcowy (fr. *cas paradigmatiche*) wydaje mi się bardziej wskazana.

3. W końcu przyjmując, że neokonstytucjonalizm mógłby być zdefiniowany przy pomocy tych technik, powinno się jeszcze znaleźć definicję lepszą niż ta zaproponowana przeze mnie, za pomocą kategorii koniecznego związku prawa z moralnością w państwie konstytucyjnym¹⁷, która jest definicją wadliwą co najmniej z dwóch powodów. Z jednej strony jedynie Alexy i Nino mówią wyraźnie o koniecznym związku prawa i moralności, ale nie ograniczając jej do państwa konstytucyjnego; wobec tego nie powinni oni nosić etykiety neokonstytucjonalistów, ale prawnonaturalistów *tout court*. Z drugiej strony w takim sformułowaniu tezy o koniecznym związku pobrzmiewa wewnętrzna sprzeczność: w jaki sposób można zadeklarować konieczny związek, otwarcie ograniczony tylko do państwa konstytucyjnego?¹⁸

¹⁶ Por. V. Villa, „Il modello di definizione «per casi paradigmatici»”, *Analisi e diritto* 1992, red. P. Comanducci, R. Guastini, Torino 1992, s. 275–310. Jednak, poza samą nazwą, chodzi o technikę definicyjną polegającą na wskazywaniu desygnatów, używaną już m.in. przez Ludwiga Wittgensteina, Maxa Blacka i Petera Alstona.

¹⁷ Por. M. Barberis, *Filosofia del diritto...*, s. 31.

¹⁸ Rzecz jasna, można powiedzieć, że ustanowiony przez definicję stypulatywną (projektującą) związek między prawem a moralnością w państwie konstytucyjnym jest konieczny, ponieważ ma charakter *ex definitione*: jednakże, jak zauważył Eu-

Jak dotąd najbardziej ambitną definicję neokonstytucjonalizmu zawdzięczamy Comanducciemu. Jest ona kalką słynnego trójpodziału pozytywizmu prawniczego według Norberta Bobbia: „neokonstytucjonalizm” wskazywałby na metodologię, teorię i ideologię różniące się od pozytywistycznych¹⁹. Sam miałem okazję użyć definicji Comanducciego, zmieniając kolejność jej elementów. W ten sposób przedstawiłem neokonstytucjonalizm jako teorię prawa państwa konstytucyjnego, która jako taka mogła być podobna do opracowanej przez pozytywizm metodologiczny, ale w przeciwieństwie do niego prowadzi do złamania zasady *Wertfreiheit* – serca metodologii pozytywistycznej – i zawsze rodzi ryzyko przekształcenia się w ideologię korzystną dla każdej konstytucji jako takiej²⁰.

Obecnie jednak definicja Comanducciego wydaje mi się wadliwa; przypisuje ona neokonstytucjonalizmowi tę samą skłonność ideologiczną, o której mówi Guastini (to zarzut odrzucony przez neokonstytucjonalistów), ale przede wszystkim zakłada, że teorie neokonstytucjonalistyczne i pozytywizm metodologiczny mogłyby być identyczne. Zresztą nawet przyjmując, że neokonstytucjoniści i pozytywiści dyskutują o tym samym przedmiocie: prawie państwa konstytucyjnego i czasami nie można ich rozróżnić (pomyślmy na chwilę o Prieto Sanchís²¹) – ja wolę definiować „neokonstytucjonalizm” w inny sposób, poprzez jego

genio Bulygin w swej krytyce Alexy’ego, definicja stypulatywna nie jest dobrym sposobem ustanawiania związku koniecznego.

¹⁹ Por. P. Comanducci, *Constitución y teoría...* i trójpodział Comanducciego, do którego odnosi się Guastini, kiedy ustosunkowuje się do (według niego rzekomych) metodologicznych, teoretycznych i ideologicznych elementów neokonstytucjonalizmu.

²⁰ Odnoszę się w tym miejscu do: M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna 2011 (zwłaszcza do s. 231–238).

²¹ Por. L. Prieto Sanchís, „El constitucionalismo de los derechos”, [w:] *Teoría del neoconstitucionalismo*, red. M. Carbonnel, Madrid/México 2007, s. 213–235. Myślę, że jest to praca, z którą – z wyjątkiem wyboru terminu „konstytucjonalizm” zamiast „neokonstytucjonalizm” – w pełni się zgadzam.

charakterystyczne tezy. Ale właśnie szukając tez teoretycznych charakterystycznych dla neokonstytucjonalizmu, przyznaję, że nie znajduję lepszych niż te, które zostały wyszczególnione przez Guastiniego.

Po faktycznym skazaniu neokonstytucjonalizmu na banicję w imię ideologii, Guastini poświęca prawie całą swoją pracę na dyskusję dwóch lub trzech tez teoretycznych, tych samych, które są dzisiaj krytykowane przez Ferrajolię²²: o (koniecznym?) związku między prawem a moralnością, o (silnym?) rozróżnieniu reguł i zasad, o stosowaniu reguł i zasad (odpowiednio?) przez subsumpcję i ważenie. Jak podkreślają znaki zapytania w nawiasach, neokonstytucjonalisci przedstawiają trzy typowe rozwiązania dla tych trzech typowych problemów; odpowiadają na te pytania twierdząco, jak zobaczymy w następnej części wywodu. W kolejnym punkcie zobaczymy między innymi, że możliwe jest opracowanie negatywnej odpowiedzi na te trzy pytania i pozytywistyczne rozwiązanie owych trzech problemów.

Podsumowując: „neokonstytucjonalizm” jest jedynie etykietą naklejoną na tezy wspierane przez różnych autorów pod rozmaitymi nazwami. Lecz ta okoliczność nie powoduje, że neokonstytucjonalizm jest mniej interesujący, mniej możliwy do utrzymania i mniej podatny na krytykę niż iusnaturalizm albo pozytywizm prawniczy. Z pewnością każdy autor zasługuje na to, by być interpretowanym i dyskutowanym pojedynczo, bez używania etykiet, które dla neokonstytucjonalistów – tak jak dla wszystkich pozostałych – mogą zawsze okazać się zwodnicze. Jednakże etykiety są przydatne w dyskusji teoretycznej, pozwalają bowiem wybrać tematy i istotne tezy, tak jak niezbędne jest minimum wielkoduszności interpretacyjnej, która pozwala wziąć na poważnie opinie innych i nawet własne: bez tego wszystko byłoby tylko stertą ideologii.

²² Por. L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principialista...”, s. 2777-2778.

III. Metateoria: rekonstrukcja neokonstytucjonalizmu

Drugie pytanie, metateoretyczne, przedstawia się następująco: w jaki sposób zrekonstruować teorię neokonstytucjonalizmu tak, aby mogło się ją rozważać, jak zrobimy w następnej części tekstu? Zobaczyliśmy już, jaki rodzaj definicji może być w tym celu najbardziej przydatny i jakie mogą być jej elementy: neokonstytucjonalizm można uznawać za rodzinę tez teoretycznych dotyczących relacji prawo–moralność, rozróżnienia reguł i zasad, zastosowania pierwszych przez subsumpcję, a drugich przez ważenie. W tej części tekstu trzy tezy neokonstytucjonalistów zostaną sformułowane w duchu wielkoduszności, bez traktowania ich jako kozły ofiarne, lecz także bez ukrywania ich ogólnikowości, niejednoznaczności i innych problemów.

1. Pierwsza charakterystyczna teza neokonstytucjonalizmu dotyczy związku prawo–moralność, szczególnie w państwie konstytucyjnym, zachodzącego za sprawą zasad konstytucyjnych. Wszyscy neokonstytucjonalisci twierdzą, że w istocie zajmują trzecie stanowisko, między iusnaturalizmem i pozytywizmem – teoriami, które miały wartość dla państwa ustawowego (niem. *Gesetzesstaat*) w XIX lub XX wieku, ale byłyby przestarzałe dla współczesnego państwa konstytucyjnego (niem. *Verfassungsstaat*)²³. W *Gesetzesstaat*, wyposażonym w elastyczne konstytucje i nieznającym jeszcze kontroli konstytucyjności ustaw, zasady konstytucyjne były jedynie wartościami moralnymi lub politycznymi zewnętrznymi wobec prawa pozytywnego; tym bardziej mogły one funkcjonować jako zasady programowe, a nie preskryptywne, aż do ich ewentualnego zastosowania przez zwykłego ustawodawcę²⁴.

²³ O tej opozycji, w wersji niezbyt jasno podanej przez Petera Häberlego, por. G. Zagrebelsky, *Intorno alle legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, s. 117–146.

²⁴ Na temat charakteru programowego wielu przepisów ogólnych włoskiej konstytucji, podtrzymywanych przez włoski Sąd Kasacyjny jeszcze w 1949 r., podczas

W państwie konstytucyjnym, charakteryzowanym przez sztywność konstytucji i kontrolę konstytucyjności ustaw, sytuacja ulega zmianie; wartości moralne, zewnętrzne wobec prawa pozytywnego, stają się zasadami konstytucyjnymi w obrębie tego ostatniego. Przepisy konstytucji mogą być wszakże interpretowane na dwa różne sposoby: jako reguły, które ograniczają zwykłe ustawy, bądź jako zasady inspirujące całe prawo. Używając terminologii Ferrajoliego: w pierwszym przypadku neokonstytucjonalizm byłby teorią gwarancyjną²⁵, bliską pozytywizmowi Hansa Kelsena, wynalazcy scentralizowanej kontroli konstytucyjności. Za to w drugim przypadku stałby się teorią opartą na zasadach (fr. *théorie principaliste*), a wartości moralne ostatecznie zawładnęłyby całym prawem pozytywnym.

W tej sytuacji problemem nie jest tylko wiedza, czy zasady konstytucyjne powinny być klasyfikowane jako wartości moralne czy normy prawne, a w drugim przypadku jako reguły czy zasady. Problemem nie jest też wiedza, czy zasady konstytucyjne są przedmiotem *moral reading*, czy zwykłej interpretacji ustawowej. Myślę raczej, że przedmiot

gdy włoski Sąd Konstytucyjny, od swojej pierwszej decyzji 1/1956, potwierdził jej wartość preskryptywną, zob. co najmniej M. Fioravanti, „Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla costituzione”, [w:] *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, red. M. Fioravanti, Roma/Bari 2009, s. 3–40 i L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principalista...”, s. 2797–2799.

²⁵ [Nota tłumaczy francuskich: Włoski termin *garantismo* można znaleźć u Ferrajoliego począwszy od jego dzieła *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Bari 1989. Oznacza on teorię gwarancji i ochrony konstytucyjnego państwa prawa przed prawem nieważnym, niekompletnym i arbitralnym, w celu zapewnienia, dzięki precyzyjnym regułom, podejmowania doskonale spójnych, legalnych i legitymizowanych decyzji sądowych. Natomiast włoski termin *principalismo* oznacza teorię prawa rządzoną przez zasady, które wyrażnie dotyczą materialnej lub substancjalnej sprawiedliwości w konkretnych sprawach (Dworkin, Alexy, itd.). Oprócz wyżej wymienionego tekstu Ferrajoliego pożyteczne jest posłużenie się pracą *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, red. M. Carbonell, P. Salazar, Madrid 2009].

tych wszystkich dyskusji jest następujący: jaką (re)definicję normy, reguły, zasady itd., należy przyjąć, aby wyjaśnić te wszystkie czynności? I w gruncie rzeczy najtrudniejszy jest tu problem: czy prawo pozytywne może inkorporować moralność bez ograniczeń, pozostając prawem (pozytywnym), czy może w końcu zostanie wchłonięte przez moralność? Byłoby to prawdopodobne, gdyby reguły w rozumowaniach prawniczych zawsze mogły być zastąpione zasadami, które je uzasadniają.

W podpunkcie 1 punktu IV przedstawię moją odpowiedź na to pytanie. Tutaj ograniczę się do stwierdzenia, że neokonstytucjonalizm jest teorią wyraźnego związku prawa z moralnością²⁶: związku charakterystycznego dla państwa konstytucyjnego – lecz jednocześnie takiego, który nie jest dla niego specyficzny. Również w państwie ustawowym prawo inkorporowało wartości moralne, za pośrednictwem klauzul generalnych²⁷; nie wspominając o prawie przednowoczesnym i nieeuropejskim, niemożliwym do odróżnienia od moralności. Zresztą neokonstytucjonalizm można zdefiniować jako ogólną teorię relacji między prawem a moralnością: wszyscy neokonstytucjonalisci teoretyzują te relacje, nawet jeżeli każdy teoretyk używa innych kategorii pojęciowych (relacje konieczne, przygodne, istotowe, głębokie itd.). Neokonstytucjonalizm jest teorią rozważającą te relacje, ignorowane przez pozytywistów, aż do Harta, i jeszcze dziś zaniedbywane przez Guastiniego i Ferrajolię²⁸.

²⁶ Jak podkreśla, przeciw Ferrajoliemu, G. Pino, „Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, tłum. D. Moreno Cruz, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34/2011, s. 201–228.

²⁷ Por. V. Veluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010. Z tego punktu widzenia państwo konstytucyjne „nie jest niczym innym niż rozszerzeniem rządów prawa aż po normy konstytucyjne”; M. Atienza, F. Laporta, „Imperio de la ley...”, s. 209.

²⁸ Por. L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principialista...”, s. 2786: konstytucje „wyrażają i inkorporują wartości nie więcej i nie mniej niż ustawy zwykłe”. To opinia podzielana przez Guastiniego i Laportę, korzystających z argumentu

2. Drugą tezę charakterystyczną neokonstytucjonalizmu jest dystrynkcja reguł i zasad. Pozytywizm teoretyczny aż do połowy XX wieku postrzegał prawo jako zamknięty zespół reguł przeznaczonych do kierowania ludzkim postępowaniem: rozkazy (John Austin), sądy hipotetyczne (Kelsen), preskrypcje (Uberto ScarPELLI, Georg Henrik von Wright). Neokonstytucjonalizm wydaje się przyjmować rozróżnienie między regułami i zasadami, opracowane przez Dworkina w *Taking Rights Seriously* (1977), ale milcząco porzucone przez niego w *Law's Empire* (1986) – jak mi się wydaje, z dwóch powodów. Po pierwsze Dworkin od początku nie interesował się tak bardzo teorią kognitywną norm jak normatywnym związkiem prawa z moralnością; po drugie od razu spostrzegł, że jego rozróżnienie nie było trafne.

Kontynuatorzy jego myśli, szczególnie Alexy, ponownie zaproponowali rozróżnienie porzucone przez ich idola: mocne i dychotomiczne rozróżnienie reguł i zasad, jako klas norm wzajemnie się wykluczających i łącznie wyczerpujących. Ich rozróżnienie jest strukturalne, oparte na formie logicznej właściwej regułom i zasadom: o ile pierwsze mają formę Kelsenowskich sądów hipotetycznych („jeśli x, to y”), o tyle drugie są definiowane przez Alexy'ego jako nakazy optymalizacyjne (niem. *Optimierungsgebote*), przez Atienzę i Ruiza Manera jako normy o otwartym zakresie zastosowania, przez Zagrebelsky'ego jako normy bez określonego zakresu zastosowania – różne koncepcje, które ujmują jedynie pewne aspekty zasad, nie zawsze z powodzeniem rozróżniając reguły.

Niepowodzenie mocnego rozróżnienia prowadzi dzisiejszych pozytywistów (na przykład Ferrajoliiego i Cristinę Redondo) do idei, że wszystkie normy prawne mogą być wyłącznie regułami, a neokonstytucjonalistów (takich jak García Figueroa) do myśli, że wszystkie normy funkcjonują jak zasady²⁹. Ale powody tej porażki były jasne od samego początku: ter-

Kelsena o królu Midasie, zgodnie z którym wszystko, czego dotknie prawo, staje się prawem.

²⁹ Por. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neo-constitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid 2009, s. 133–172.

min „zasada” jest również nieostry, nie wskazuje rzeczy obdarzonych wspólną charakterystyką i ściśle różnych od reguł³⁰. Powody tej porażki nie przeszkadzają w przyjęciu rozróżnienia między regułami a zasadami, a nawet definiowaniu tych pojęć przez rodzaj i różnicę gatunkową, ale ograniczają ważność takich definicji do typowych i paradygmatycznych przypadków³¹. Mocna dystynkcja między regułami i zasadami może być także zastąpiona przez dystynkcję słabą – nie strukturalną, lecz funkcjonalną, nie dychotomiczną, lecz quasi-dychotomiczną – którą zaproponuję w następnym punkcie: termin „reguła” będzie wskazywał normy, które kierują zachowaniem bezpośrednio, a „zasada” – normy, które kierują nim pośrednio, za pomocą reguł³².

Zanim zajmę się zagadnieniem odmiennego funkcjonowania reguł i zasad w rozumowaniach prawniczych, chciałbym stwierdzić, że neokonstytucjonalizm posiada teorię norm (lub nią jest); dokładniej rzecz ujmując: teorię, która odróżnia reguły od zasad, uprzywilejowując te drugie³³. Według neokonstytucjonalistów zasady faktycznie nie służą jedynie do ograniczania legislacji (*garantisme* w słowniku Ferrajoliego), ale powodują swoisty efekt promieniowania (niem. *Ausstrahlungswirkung*) na cały proces tworzenia, interpretacji i integracji reguł (*principlisme* w tymże słowniku). Z pewnością ta teoria norm rodzi problem analogiczny do wynikającego z tezy o związku prawa z moralnością:

³⁰ Por. G. R. Carr ió, „Principi di diritto e positivismo giuridico”, *Rivista di filosofia* 2/1970, s. 127–148.

³¹ Co do przykładu odnoszącego się do definicji terminu „prawo” zob. M. Barberis, *Filosofia del diritto...*, s. 92–100.

³² O rozróżnieniu między regułami a racjami leżącymi u ich podstaw zob. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991. Natomiast o tym samym w kategoriach przyjętych w tekście zob. ponownie M. Barberis, *Filosofia del diritto...*, s. 67–70 i 106–117.

³³ Zob. G. Zagrebelsky, *Intorno alle...*, s. 90: jeśli pozytywizm jest tezą, zgodnie z którą „autentyczne normy prawne to reguły”, to neokonstytucjonalizm jest tezą, że w prawie zasady są ważniejsze niż reguły.

tak jak prawo naraża się ciągle na niebezpieczeństwo rozplynięcia się w moralności, tak odwoływanie się do zasad, które usprawiedliwiają reguły, powoduje ryzyko „zaćmienia” tych drugich. Jednakże ponownie przynajmniej jedna rzecz nie będzie zanegowana: neokonstytucjonalizm posiada także teorię norm (lub nią jest).

3. Trzecia charakterystyczna teza neokonstytucjonalizmu dotyczy rozróżnienia między stosowaniem reguł i zasad: pierwsze byłyby stosowane (wyłącznie) przez subsumpcję, drugie (wyłącznie) przez wyważanie lub ważenie (fr. *balancement ou pondération*)³⁴. Zastosowanie reguły takiej jak zakaz zabójstwa równałoby się subsumpcji konkretnego przypadku (np. zabójstwa Abla przez Kaina) pod normę abstrakcyjną, przyporządkowaniu owemu przypadkowi rozwiązania przepisane przez tę drugą normę i dedukcji reguły konkretnej z reguły abstrakcyjnej. Zastosowanie zasady, takiej jak zasada świętości życia, wydaje się czynnością fundamentalnie różną: jej stosowanie nie mogłoby się ograniczyć do dedukcji prowadzonej z reguły zabraniającej zabójstwa (por. niżej, podpunkt 2 punktu IV). Zasady byłyby stosowane w o wiele szerszym znaczeniu terminu „stosowanie”: poprzez wyważanie lub ważenie.

Częsta jest tendencja do posługiwania się terminem „wyważanie” w ścisłym sensie, jedynie dla oznaczenia rodziny technik argumentacyjnych używanych przez sędziów krajowych, wspólnotowych i międzynarodowych i ujmowanej teoretycznie przez realistów amerykańskich dużo wcześniej niż przez neokonstytucjonalistów; rodziny, która obejmowałaby co najmniej północno-amerykański *balancing* i niemiecki

³⁴ Por. lapidarną wypowiedź Bernal Pulida: „Istnieją dwa proste sposoby stosowania norm: ważenie i subsumpcja. Reguły stosowane są za pomocą subsumpcji, natomiast ważenie jest sposobem stosowania zasad” (C. Bernal Pulido, „Estructura y limites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26/2003, s. 225).

*Abwägung*³⁵. Chodzi zawsze o skonfrontowanie dwóch zasad – takich jak prawo płodu do życia i prawo kobiety do zdrowia albo prawo osobiste do ochrony prywatności i prawo wspólnoty do informacji – pozwalające wyprowadzić regułę, którą będzie można zastosować przez subsumpcję. Ale termin „wyważanie” odsyła również do bardziej ogólnego rozumowania moralnego, polegającego na braniu pod uwagę wszystkich relewantnych racji³⁶; chodzi więc, jak zobaczymy w podpunkcie 3 punktu IV, o wszystkie możliwe prawne zastosowania tego rozumowania etycznego, co obejmuje także rozumowania zwykłego ustawodawcy lub ustrojodawcy konstytucyjnego (konstytuanty).

Neokonstytucjonalisci podtrzymują w tym kontekście co najmniej pięć tez, które zostaną przedyskutowane w kolejnym punkcie: 1) konflikt między zasadami konstytucyjnymi ukrywa obiektywny porządek wartości (niem. *objektive Wertordnung*), ukształtowany przez zasady konstytucyjne; 2) wyważanie jest racjonalną procedurą rozwiązania przypadków konstytucyjnie wątpliwych, trudnych lub tragicznych³⁷; 3) wyważanie prowadzi do pogodzenia kolidujących zasad, z których jedna zostanie całkowicie poświęcona dla drugiej tylko w skrajnych przypadkach; 4) wyważanie jest powiązane ze sprawiedliwością w konkretnym przypadku, w którym znajdują zastosowanie relewantne wartości, zasady i prawa; 5) subsumpcja i wyważanie wykluczają się wzajemnie, będąc stosowane (odpowiednio) do reguł i do zasad.

Pod koniec następnej części rozważę te tezy oraz ich krytykę dokonaną przez Guastiniego, jednak już teraz uprzedzę dwie konkluzje. Przede wszystkim sądzę, że wyważanie nie może zostać zredukowane,

³⁵ Por. przynajmniej M. Cohen-Elyia, I. Porat, „American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law* 8/2010, s. 263–286 i ostatnio J. Matthews, A. Stone Sweet, „All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal* 60/2011, s. 101–179.

³⁶ Por. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, London 1975, s. 36.

³⁷ Zob. zwłaszcza R. Alexy, „Die Gewichtsformel”, [w:] *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, red. J. Jickeli, P. Kreutz, D. Reuter, Berlin 2003, s. 771–792.

jak myślą Guastini i Jürgen Habermas, do pewnej prawniczej ideologii³⁸. Przeciwnie, chodzi o argumentację, która zostanie uznana za konieczną ze względu na pluralizm, nieokreśloność i konfliktowość wartości moralnych oraz zasad konstytucyjnych. Poza tym – tak jak twierdzi Guastini, ale co przyznają od dawna sami neokonstytucjonaliści – między subsumpcją i wążeniem, podobnie jak między regułami i zasadami, prawem i moralnością, istnieje pewien związek polegający na uzupełnianiu się, ujęty teoretycznie przez Habermasa: „autonomiczna moralność i prawo pozytywne, które wymaga uzasadnienia, pozostają raczej w relacji komplementarności”³⁹ [podkreśl. M. B.].

W szczególności zastosowanie, w szerokim sensie, ogólnej zasady takiej jak zasada świętości życia, godności ludzkiej lub równości formalnej polega na jej skonkretyzowaniu w postaci reguły. Ta konkretyzacja może wymagać wyważenia jakiejś zasady wraz z inną (z którą jest w konflikcie); jednakże wymaga tego w sposób przygodny, a nie konieczny. Z tego przygodnego wyważania i z koniecznej konkretyzacji dochodzimy do abstrakcyjnej reguły stosowalnej w ścisłym sensie, czyli w drodze subsumpcji. Prawo i moralność, reguły i zasady, subsumpcja i wążenie splatają się więc w każdym rozumowaniu prawniczym – termin „wyważanie” jest tutaj użyty *pars pro toto*. Ale nie można powiedzieć przynajmniej jednego: że biorąc pod uwagę to wszystko, neokonstytucjonalizm nie stworzył teorii.

Przyjmując minimum wielkoduszności interpretacyjnej, tezy neokonstytucjonalistów odnośnie do stosunków prawo–moralność, teorii norm i rozumowań prawniczych ostatecznie nie wydają się sprowadzać do ideologii, lecz mogą przynajmniej być dyskutowane tak, jak gdyby chodziło o autentyczne teorie. Owe teorie nie tylko mówią o najbardziej charakterystycznych aspektach współczesnych porządków prawnych, lecz także są powiązane – jak już pokazano jeśli chodzi o wyważanie

³⁸ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tłum. L. Ceppa, Milano 1996, s. 302.

³⁹ Ibidem, s. 130.

i jak zobaczymy za chwilę – z niektórymi z najczęściej dyskutowanych zagadnień etyki współczesnej. Fakt, że tezy neokonstytucjonalistyczne mogą być rozważane jako teorie, nie wyklucza, ale przeciwnie: implikuje to, że można przedstawić ich ulepszenia, co zostanie pokazane w dalszej części tekstu.

IV. Pozytywistyczna krytyka neokonstytucjonalizmu

Trzecie teoretyczne pytanie jest następujące: chociaż neokonstytucjonalizm zaproponował tematy należące do najbardziej stymulujących współczesną debatę teoretyczną, czy jest to teoria zasługująca na akceptację? Na przykład czy trzy problemy podkreślone w poprzednim punkcie nie mogłyby otrzymać lepszych rozwiązań ze strony pozytywizmu metodologicznego zaktualizowanego w stosunku do pozytywizmu teoretycznego ostatnich stuleci? Sam skłaniam się do takiej opinii, co najwyraźniej wyartykułowałem w *Manuale di filosofia del diritto* (2011). Poniżej poprę to argumentami, próbując dostarczyć szkic teorii pozytywistycznej w odniesieniu do każdego z trzech tematów teoretycznych charakterystycznych dla neokonstytucjonalizmu, inspirowany pewnymi tezami Cassa Sunsteina i Fredericka Schauera.

1. Jeśli chodzi o relacje prawa z moralnością, sądzę, że pozytywizm może je ująć teoretycznie pod dwoma wzajemnie zależnymi warunkami. Pierwszym jest rozpoznanie przygodnego związku między prawem i moralnością, jak przyjął Hart i pozytywizm inkluzyjny; drugim – zredefiniowanie granic tego związku, które aż do dziś były niejasno formułowane przez pozytywizm wykluczający. Pozytywiści wykluczający, tacy jak Raz, wydają się w istocie postulować pewien rodzaj negatywnego związku koniecznego: prawo z konieczności nie może być związane z moralnością. Ta teza, tak samo apodyktyczna jak prawnonaturalna teza o związku, wydaje mi się dopuszczalna jedynie w tym sensie, że prawo nie może być w sposób nieograniczony

(fr. *indéfiniment*) związane z moralnością; prawo całkowicie „według zasad” nie byłoby już prawem pozytywnym, lecz moralnością stosowaną przez sędziów, sprawiedliwością kadiego.

Ponawiając stary argument Kelsena, pomyślmy o sztywnej konstytucji, gwarantowanej przez sąd konstytucyjny, który wprost ogłasza zasadę „ustawodawstwo zwykle powinno być sprawiedliwe”⁴⁰. Oczywiście taka zasada pozbawiłaby legislację, a nawet parlament, który jest jej twórcą, jakiegokolwiek funkcji: powołując się na nią, sąd konstytucyjny mógłby uchylić dowolną ustawę, odbiegającą od sensu sprawiedliwości podzielanego przez większość jego członków. A nawet gorzej, bowiem każdy zwykły sędzia mógłby użyć wykładni harmonizującej (niem. *Verfassungskonformeauslegung*) wszystkich stosowanych ustaw, zastępując je regułą, którą sam uznałby za sprawiedliwszą. Gdy pozytywiści wykluczający tego nie pojmują, to mają całkowitą rację – prawo nie może być nieograniczenie otwarte na moralność, nie stając się samo moralnością (pozytywną), co więcej: moralnością pozytywną szczególnie odpychającą, ponieważ tworzoną arbitralnie przez sędziów.

To wszystko stanowi zdroworozsądkowy rdzeń pozytywizmu wykluczającego. Ma on rację w tym, że wyklucza jedynie nieograniczone otwarcie prawa, które doprowadziłoby do jego wchłonięcia przez moralność, co mogłoby nastąpić, gdyby przyjęto bez zastrzeżeń „horyzontalne działanie” (niem. *Drittwirkung*) zasad konstytucyjnych. Te ostatnie, jak już pokazano, nadają się do zastosowania po ich ewentualnym zważeniu z innymi zasadami i po ich niezbędnej konkretyzacji w reguły: to dwie operacje wielce dyskrecyjne, gdyż w ramach demokracji konstytucyjnej – prawdziwie demokratycznej, by tak rzec – są zarezerwowane

⁴⁰ Jak już powiedziano, zgodnie z Alexym, prawo zawiera zawsze, *implicite*, roszczenie do słuszności; w tym miejscu utrzymuję, że to samo prawo nie może wyraźnie przywoływać tego roszczenia bez samozniszczenia się jako prawa. Skądinąd, jest to słynna teza Kelsena: por. H. Kelsen, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929)”, [w:] *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, vol. 2, red. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien 1968, s. 1864.

w sposób pozytywny dla parlamentu, a w sposób negatywny dla sądu konstytucyjnego⁴¹. W rzeczy samej, w demokracji konstytucyjnej zwykli sędziowie nie mogą zastępować parlamentu, a sędziowie konstytucyjni mogą jedynie uchylać niekonstytucyjne ustawy i interpretować te z nich, które nie są jawnie niekonstytucyjne – tak, by doprowadzić do ich zgodności z konstytucją.

Jednakże pozostaje jeszcze do rozważenia budzący lęk problem wytyczenia granic relacji między prawem i moralnością (pozytywną lub krytyczną). Wymaga ono z pewnością rozwiązania bardziej zniuansowanego niż to zaproponowane przez pozytywistów inkluzyjnych i wykluczających. Ale jakiego? Pozytywiści inkluzyjni i wykluczający dzielą ideę, że związki między prawem i moralnością są modyfikowane przez zasady konstytucyjne⁴². W jaki sposób? W mym *Manuale* proponuję następujące rozwiązanie, zainspirowane przez Schauera: między zasadami konstytucyjnymi i regułami, które je konkretyzują, zachodzi taki związek, jak między zasadą użyteczności i regułami w utylitaryzmie reguł (ang. *rule utilitarianism*)⁴³. Innymi słowy: domniemywa się, że zasady konstytucyjne – w odróżnieniu od zasady użyteczności liczne, ogólne i konfliktowe – są zazwyczaj stosowane jedynie za pośrednictwem reguł, które je aktualizują, chociaż to domniemanie może zostać

⁴¹ Zob. M. Barberis, „Tre rimedi per la crisi della democrazia”, *Teoria politica* 1/2011, s. 351–366, gdzie opowiadam się za neokelsenowską teorią demokracji konstytucyjnej: parlament nie jest suwerenny, ale ogranicza się do stosowania i uaktualniania konstytucji.

⁴² Zob. J. Raz, „Incorporation by Law”, [w:] idem, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, s. 182–202; J. J. Moreso, „In Defense of Inclusive Legal Positivism”, [w:] *The Legal Ought. Proceedings of the IVR Mid-Term Congress in Genoa (June 19-20, 2000)*, red. P. Chiassoni, Torino 2001, s. 37–63, *Analisi e diritto*, 50.

⁴³ Zob. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, s. 47: „Nasze reguły powinny opierać się na użyteczności; nasze postępowanie – na naszych regułach”.

wyjątkowo obalone, co przyznaje dom niemania w pozytywizm (ang. *presumptive positivism*) Schauera⁴⁴.

Weźmy ponownie za przykład wartość życia, wyrażoną lub wyrażalną w konstytucji w formie zasady „życie jest święte”. Sformułowana w ten sposób wartość życia pozostaje ogólna i zawsze potencjalnie konfliktowa z innymi wartościami. Oczywiście ta wartość powinna się skonkretyzować w regule, która zakazuje zabójstwa. Ale o jakim zabójstwie mowa? Nie o zabójstwie w przypadku dozwolonej samoobrony, gdy poświęca się życie napastnika, ani zabójstwie w stanie wyższej konieczności, gdy poświęca się jedno z dwóch żyć, równie świętych. Ale co powiedzieć w przypadku zabójstwa embrionu, gdy świętość życia może wejść w konflikt ze zdrowiem kobiety? A co w przypadku zabójstwa osoby, która chce pomocy w położeniu kresu swym dniom, gdy świętość życia wchodzi w konflikt z godnością człowieka? A co z zabójstwem skazanego na śmierć, nieprzyjaciela podczas wojny albo komórek rozrodczych?

Całkowita niedookreśloność (niem. *Unbestimmtheit*) tej zasady mogłaby być dobrym przykładem tego, co Sunstein nazywa zgodami teoretycznie niedookreślonymi (ang. *incompletely theorized agreements*). Autor ten mówi o dwóch różnych typach zgód. Pierwszy – który nazwiemy tu ZTN₁ – występuje właśnie między członkami prawodawcy konstytucyjnego (konstytuanty), którzy formułują bardzo ogólne zasady, takie jak zasada świętości życia, uciekając się do pewnej formy abstrakcji, która mogłaby być nazwana „pojęciowym wznoszeniem się” (ang. *conceptual ascent*). Inna zgoda teoretycznie niedookreślona – nazwijmy ją ZTN₂ – może również zaistnieć wśród członków konstytuanty, choć najczęściej występuje wśród zwykłych ustawodawców, którzy wyważają i konkretyzują zasady konstytucyjne, co Sunstein kwalifikuje jako „pojęciowe zstępowanie” (ang. *conceptual descent*)⁴⁵.

⁴⁴ Por. F. Schauer, *Le regole del gioco*, tłum. C. Rustici, Bologna 2000, s. 196 i n.

⁴⁵ Por. C. R. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford/New York 2001, s. 50.

ZTN₁ pozwala osiągnąć zgodę między członkami konstytuanty, którzy mają nawet sprzeczne poglądy moralne: przez operację wzniesienia się lub abstrakcję pojęciową. Wystarczająco ogólne zasady konstytucyjne są formułowane w taki sposób, że każdy z członków konstytuanty może się pod nimi podpisać bez zmiany własnych opinii. Naturalnie nic nie staje na przeszkodzie, by członkowie konstytuanty osiągnęli porozumienie w kwestiach mniej kontrowersyjnych niż te dotyczące życia, zgadzając się na pojedyncze reguły; ale w społeczeństwach tak etycznie podzielonych jak nasze zgoda może być osiągnięta jedynie co do zasad ogólnych, pozostawiając ustawodawcy zwykłemu i sędziom konstytucyjnym kwestie bardziej kontrowersyjne. To tutaj otwiera się obszar demokratycznego wyboru, który w demokracji konstytucyjnej powraca w wymiarze pozytywnym do parlamentu, a w wymiarze negatywnym do sądu konstytucyjnego.

2. Jeśli chodzi o dystynkcję reguły – zasady, jej pozytywistyczna wersja nie może być silna i dychotomiczna, ale – jak zostanie pokazane – quasi-dychotomiczna. Najpierw należy podkreślić, że ten sam przepis może być interpretowany jako reguła, stosowana bezpośrednio (dedukcyjnie) w konkretnym przypadku, albo jako zasada, stosowana pośrednio w konkretnym przypadku przy pomocy przygodnego ważenia i przez konieczną konkretyzację w postaci różnych reguł, które następnie są stosowane dedukcyjnie. Kryterium rozróżnienia między regułami i zasadami jest więc zredefiniowane w kategoriach czysto funkcjonalnych: regułami nazywa się normy zachowania stosowane bezpośrednio przez dedukcję, zasadami – normy zachowania stosowane pośrednio, po ich konkretyzacji w reguły⁴⁶.

⁴⁶ Chodzi o przeformułowanie redefinicji „reguły” i „zasady”, przedstawionej w: M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino 2011, §§ 3.2 i 3.7. Nie stawiam tu pytania o to, czy ta dystynkcja funkcjonalna odpowiada jednemu rozróżnieniu strukturalnemu czy ich większej liczbie.

Owa dystynkcja teoretyczna ma liczne konsekwencje. Swoją drogą, te same normy – wystarczy pomyśleć o *rationes decidendi* w *common law* i o ogólnych zasadach w *civil law* – mogą funkcjonować albo jak reguły, gdy się z nich bezpośrednio dedukuje rozwiązanie konkretnej sprawy, albo jako zasady, gdy się je wyważa i konkretyzuje, aby wydobyć z nich reguły. Zresztą, jaka by nie była ich definicja, reguły i zasady muszą być komplementarne: z reguł – za pomocą wznoszenia (abstrakcji) pojęciowego (ZTN₁) – mogą być zawsze wyabstrahowane różne zasady, natomiast zasady – poprzez zstąpienie (konkretyzację) pojęciowe (ZTN₂) – mogą być zawsze skonkretyzowane przez różne reguły.

Ale ta dystynkcja, jeśli się jej dobrze przyjrzeć, pozostaje quasi-dychotomiczna: zasady decyzyjne i ogólne są w rzeczywistości regułami stosowanymi dedukcyjnie w konkretnym przypadku, podczas gdy zasady konstytucyjne lub fundamentalne są jedynymi, ściśle rzecz biorąc, które zawsze wymagają konkretyzacji, a często ważenia, by mogły być zastosowane. Ta konsekwencja szokuje Ferrajoliiego⁴⁷ z dwóch powodów: teoretycznego, ponieważ jego system aksjomatyczny, z *Principia Iuris* (2007), uznaje wyłącznie reguły stosowane dedukcyjnie, oraz ideologicznego, dlatego że według niego uznanie istnienia zasad osłabia normatywność konstytucji.

W rezultacie zasady (konstytucyjne) stosuje się jedynie w szerokim sensie za pośrednictwem reguł (ustawowych). Gdy nie uzyska się zgody w parlamencie, można skorzystać z ZTN₂, tj. kompromisu dotyczącego reguły uzasadnionej przez zasady, nawet jeżeli są one przeciwne. Sunstein podaje jako przykład przepis uprawniający pracowników do praktykowania ich religii w miejscu pracy; regulacja, na którą wierzący i laicy, pracodawcy i pracownicy mogliby się zgodzić z różnych powodów.

⁴⁷ Por. ponownie L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principialista...”, s. 2800 i n., gdzie dystynkcja reguł i zasad jest sprowadzona do problemu stylu, z wyjątkiem zasad, które nazywa „dyrektywnymi” (to „nakazy optymalizacyjne” Alexy’ego); oraz M. C. Redondo, „El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34/2011, s. 245–264.

Kompromis tego rodzaju powoduje często to, co Giovanni Tarello nazwał „legislacją czystej formy” (wł. *di mera formula*), a mianowicie przepis ustawy przegłosowany przez parlament, który sędziowie zinterpretują później – o czym wszyscy wiedzą – na różne, nawet sprzeczne sposoby⁴⁸.

ZTN₁ i ZTN₂ są dwoma rozumowaniami, które można odpowiednio nazywać – oczywiście znowu metonimicznie – „wyważaniem w sensie bardzo szerokim/konstytucyjnym” i „wyważaniem w sensie szerokim/legislacyjnym”, odróżniając je od „wyważania w sensie ścisłym”, dokonywanego przez sąd konstytucyjny i, ewentualnie, przez zwykłych sędziów⁴⁹. Ferrajoli mówi również o wyważaniu legislacyjnym albo sądowym, ale tylko po to, by oba zredukować w jedną „puszkę terminologiczną” lub dawną wykładnię systemową⁵⁰, ze strachu przed podważeniem systemu aksjomatycznego i normatywności konstytucji. Sądzę, że prawdziwa teoria pozytywizmu metodologicznego, tzn. *Wertfrei*, mogłaby wskazywać w sposób bardziej zrównoważony dwie różnice między wyważaniem legislacyjnym a wyważaniem sądowym.

Pierwsza różnica, powierzchowna, polega na tym, że wyważanie ma zazwyczaj charakter implicytny, gdy jest realizowane przez parlament, a wyraźny, jeśli dokonuje go sędzia konstytucyjny. Zazwyczaj, ponieważ nic nie zabrania sędziemu dokonania wyważania w sposób ukryty (*implicite*), przemilczając zasadę, która była wyważana, zaś ustawodawcy czynienia tego prawie jawnie, wspominając o wyważanych zasadach w tytule lub w preambule ustawy. Druga różnica, głębsza,

⁴⁸ Zob. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, s. 366–377, *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1,2; G. Fioriglio, „L'ambiguità normativa, la legislazione di mera formula ed il ruolo della magistratura”, *Materiali per Una Cultura Della Storia Giuridica* 2/2004, s. 547–553.

⁴⁹ Por. M. Barberis, „Legittima difesa e bilanciamenti”, [w:] *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, red. A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano 2008, s. 86–89, *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara*, 2 oraz G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, s. 174.

⁵⁰ L. Ferrajoli, „Costituzionalismo principialista...”, s. 2850 i n.

wynika z faktu, że wyważanie legislacyjne dokonywane jest w sposób pozytywny i jest wolne, podczas gdy wyważanie przez sędziego dokonuje się w sposób negatywny i jest ograniczone tym, że musi być umotywowane; właśnie dlatego to drugie ma charakter wyraźny. W swej istocie te dwa wyważania różnią się jedynie stopniem władzy dyskrejonalnej: między wyważaniem przez sędziego a wyważaniem przez ustawodawcę, włączając w to stosowanie konstytucji, zachodzi taka sama różnica, co w *Rahmenslehre* Kelsena, przyjmowanej przez Guastiniego⁵¹.

Rozważmy obecne włoskie ustawodawstwo dotyczące przerywania ciąży, przyjęte przez parlament po uchyleniu przez włoski Sąd Konstytucyjny faszystowskiego zakazu aborcji. Sąd ten wyważył wartości życia płodu i zdrowia kobiety, a parlament przyjął to samo trzy lata później, odwołując się w tytule ustawy do dwóch skonfliktowanych zasad: życia i zdrowia. W obu przypadkach wyważanie prowadzi do podziału ogólnego przypadku przerywania ciąży na dwa mniej ogólne przypadki, do których stosują się dwie różne reguły: jedna, dla pierwszych trzech miesięcy ciąży, dopuszcza aborcję z uwagi na zastosowanie zasady ochrony zdrowia kobiety; druga, dla kolejnych miesięcy ciąży, zakazuje aborcji z uwagi na zastosowanie zasady gwarantującej życie płodu. Między ważeniem dokonanym przez sędziów i przez ustawodawcę zachodzi tylko jedna różnica: dla sądu konstytucyjnego przerwanie ciąży jest uzasadnione wyłącznie przez wzgląd na zdrowie fizyczne, dla parlamentu – także przez zdrowie psychiczne kobiety⁵².

⁵¹ Por. H. Kelsen, „La garanzia giurisdizionale della costituzione”, tłum. C. Geraci, [w:] idem, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, *Civiltà del diritto*, zwłaszcza s. 147, ale także s. 189, gdzie odradza formułowanie konstytucji w kategoriach zasad, ponieważ to ostatecznie podkopaloby prymat parlamentu w stosowaniu konstytucji.

⁵² Por. orzeczenie włoskiego Sądu Konstytucyjnego 27/1975 i art. 4 ustawy nr 194 z 22 maja 1978 r., zatytułowany właśnie „Normy dla ochrony socjalnej macierzyństwa [życie płodu – M. B.] oraz o przerywaniu ciąży na żądanie [zdrowie kobiety – M. B.]”. Ten reprezentatywny przykład wyważania zawdzięczam Nicoli

Równolegle do omówionej różnicy między wyważaniem legislacyjnym a sądowym otwiera się w tym miejscu podstawowa alternatywa polityczno-normatywna między stosowaniem konstytucji wyłącznie przez parlament albo przez parlament i sąd konstytucyjny. Na płaszczyźnie normatywnej – sądzę, że nawet w demokracji konstytucyjnej, w której parlament nie jest już wszechwładny – sąd powinien interweniować jedynie wtedy, gdy ustawy naruszają konstytucję. Za to na płaszczyźnie kognitywnej te dwa przypadki stosowania konstytucji są indyferentne pod warunkiem, że przyjmie się dawną doktrynę suwerenności parlamentu, tak jak jeszcze dziś robi Jeremy Waldron, zdaniem którego ostatnie słowo może należeć wyłącznie albo do parlamentu, albo do sądu⁵³. Ale jeżeli nie przyjmie się tej doktryny – uznając, że wykonywanie suwerenności jest zawsze podzielone w ten sposób, że nikt nigdy nie ma ostatniego słowa, co najwyżej przedostatnie – to zarówno parlament, jak sąd konstytucyjny mają prawo wypowiedzenia się, niezależnie od tego, czy pozostają w konflikcie, czy w dialogu⁵⁴.

3. Wreszcie także dystynkcja subsumpcja – ważenie może stać się przedmiotem teorii wolnej od wartościowań (niem. *Wertfrei*), ale niekoniecznie w myśl teorii ważenia opracowanej przez Guastiniego. Wezmę ponownie pod uwagę pięć tez neokonstytucjonalistycznych na temat wyważania, wymienionych w podpunkcie 3 punktu III, konfrontując je z krytyką Guastiniego i próbując nakreślić teorię wyważania różną od jego teorii. Przede wszystkim nie uważam wyważania za arbitralny

Muffato; w szczególności ideę, że do dwóch podprzypadków ogólnych stosujemy dwie różne reguły, określone na podstawie dwóch różnych zasad.

⁵³ Por. J. Waldron, „The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115/2006, s. 1346–1406; po stanowisko przeciwne odsyłam do: J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, s. 220 oraz M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma/Bari 2005, s. 78–80.

⁵⁴ O dialogu instytucjonalnym zob. G. Pino, „La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa”, [w:] *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, red. I. Trujillo, F. Viola, Bologna 2007, s. 109–141, *Percorsi*.

wybór między irracjonalnymi wartościami, dokonywany przez sędziów konstytucyjnych, którzy chcieliby pozbawić parlament jego władzy, lecz raczej uznają je za rozumowanie, które stało się prawie nieuniknione za sprawą pluralizmu wartości: teorii metaetycznej, według której wartości moralne, nawet sformułowane w zasadach konstytucyjnych, mają charakter pluralistyczny, ogólny i konfliktowy takiego rodzaju, że sędziowie w celu ich zastosowania są zawsze zmuszeni je sprecyzować i wyważyć w razie konfliktu⁵⁵.

Pierwsza teza neokonstytucjonalistyczna głosi, że pozorny konflikt między zasadami ukrywa pewny *objektive Weltordnung*, spójną hierarchię zasad konstytucyjnych lub ich sedno⁵⁶. W tej kwestii Guastini, ze swą znaną teorią o ruchomej hierarchii aksjologicznej zasad⁵⁷, dobrze wykazał nieprawdopodobieństwo neokonstytucjonalistycznego irenizmu. Ale – tak jak Ferrajoli i Habermas – zdaje się on także myśleć, że wyważanie jest jednym ze środków używanych przez sędziów. Tymczasem według pluralizmu wartości liczne wartości, ogólne i konfliktogenne, wyrażone w zasadach konstytucyjnych, mogą być stosowane jedynie poprzez konkretyzację, i to w przypadku konfliktu; działania z pewnością dyskrecjonalne w swoich rezultatach, ale prawie obowiązkowe, jeśli zaakceptujemy rekonstrukcję pojęciową dotąd przedstawioną.

Druga teza neokonstytucjonalistyczna opisuje wyważanie jako racjonalną procedurę rozwiązywania spraw konstytucyjnych. Tu również

⁵⁵ O mojej wersji tej teorii, wyprowadzonej z koncepcji różnych autorów, takich jak Max Weber, Isaiah Berlin i Joseph Raz, zob. M. Barberis, *Etica per giuristi...*, rozdz. 5. O podobnym zastosowaniu konstytucyjnym tej samej idei por. I. Porat, „The Plural Implications of Value Pluralism”, *San Diego Law Review* 46/2009, nr 4, s. 909–924.

⁵⁶ Można by tutaj zdefiniować umiarkowaną obiektywność wartości konstytucyjnych poprzez fakt, że wszystkie konstytucje przedstawiają różniące się wersje tej samej listy; por. R. Dworkin, *La giustizia in toga*, tłum. S. F. Magni, Roma/Bari 2010, s. 13; M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna 2008, rozdz. 6.

⁵⁷ Por. ostatnio R. Guastini, *La sintassi...*, s. 301–303.

sądzę, że Riccardo [Guastini] ma rację, podejrzewając, że te teorie są wyłącznie racjonalizacją orzecznictwa konstytucyjnego, które charakteryzuje się ogromną władzą dyskrejonalną. Jednakże według mnie myli się, gdy przedstawia wyważanie jako rozumowanie arbitralne. Jeżeli przyjmie się założenie o pluralizmie, nieokreśloności i konfliktowości wartości moralnych i zasad konstytucyjnych, nie widać prawdziwie rozsądnej alternatywy dla wyważania. Przeciwnie: byłoby znacznie mniej rozsądne maskowanie wielości relewantnych zasad i stosowanie wybranej zasady, jakby była jedyną odpowiednią – tak jak robią sędziowie konstytucyjni, posługujący się podejściem właściwym dla tekstualizmu lub oryginalizmu w USA⁵⁸.

Trzecia teza neokonstytucjonalistyczna przedstawia wyważanie jako godzenie ze sobą odpowiednich zasad: taka koncyliacja poświęcałaby w skrajnym przypadku jedną zasadę w imię drugiej⁵⁹. Tutaj również wydaje się, że Guastini ma rację: często sędziowie konstytucyjni argumentują w sposób tak zwięzły, że można pomyśleć, iż wybierają jedną zasadę, całkowicie poświęcając ją dla innej. Jednak dowolny zwolennik pluralizmu wartości mógłby przyznać, że wtedy, gdy konflikt jest właściwie tragiczny, pewien kompromis jest nieunikniony⁶⁰; zresztą jaki

⁵⁸ Co do krytyki zob. ponownie J. Matthews, A. Stone Sweet, „All Things...”, a o propozycji kompromisu między zwolennikami o przeciwnikami wyważania por. I. Porat, „The Dual Model of Balancing: a Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law”, *Cardozo Law Review* 27/2006, s. 1393–1441.

⁵⁹ Por. niedawne stwierdzenie Guastiniego: „Niemniej ważenie nie jest właściwie «pogodzeniem». Nie polega na «doprowadzeniu do zgody», jak to się czasem mówi, dwóch zasad [pozostających] w konflikcie, lub znalezieniu «punktu równowagi» albo «drogi pośredniej» między takimi dwiema zasadami. Nie polega na częściowym zastosowaniu i poświęceniu obu zasad. Jedna z dwóch zasad jest stosowana, druga jest chwilowo pozostawiona na uboczu, niestosowana”. R. Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá 2010, s. 232, *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, nr 55.

⁶⁰ Zob. np. S. Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, tłum. G. Bettini, Milano 2001, s. 17, *Elementi*.

sens miałoby wyważanie – to znaczy przyznanie adekwatności dwóch zasad – w celu całkowitego poświęcenia jednej z nich? Dlaczego nie wykluczyć tego od początku, rezygnując również z jakiegokolwiek wyważania?

Weźmy ponownie przykład aborcji. Według Guastiniego decyzja włoskiego sądu powinna być zinterpretowana jako całkowity wybór zdrowia kobiety i całkowite poświęcenie życia płodu. W rzeczywistości ogólny przypadek aborcji jest podzielony na dwa podprzypadki, w stosunku do których stosuje się dwie różne reguły, doprecyzowane na podstawie przeciwstawnych zasad: w trzech pierwszych miesiącach ciąży aborcja jest możliwa, a później zakazana. Faktycznie, najpierw sędziowie, a o wiele później ustawodawca uzgodnili ze sobą dwie wartości (świętości życia płodu i zdrowia kobiety) w zakresie ogólnego przypadku aborcji, a to przez odniesienie się do dwóch podprzypadków, w których stosowana jest tylko jedna zasada (zasada zdrowia kobiety w trzech pierwszych miesiącach, zasada świętości życia później).

Czwarta teza stwierdza, że wyważanie podnosiłoby sprawiedliwość rozstrzygnięcia konkretnej sprawy: ta sprawiedliwość byłaby otrzymana właśnie dzięki wyważaniu, tzn. wzięciu pod uwagę wszystkich relevantnych racji. Przez swą teorię wyważania jako ruchomej hierarchii aksjologicznej Guastini ma rację, podkreślając, że w jednym przypadku pierwsza z dwóch zasad może zwyciężyć, natomiast druga będzie dominująca w innym. Ale co oznacza słowo „przypadek” (fr. *cas*)? Autor wydaje się myśleć o pewnym konkretnym przypadku, takim jak sprawy rozstrzygane przez decyzje Sądu Najwyższego USA. Inni z kolei myślą raczej o przypadku abstrakcyjnym, czyli takim, który jest przedmiotem decyzji kontynentalnych sądów konstytucyjnych⁶¹. Według mnie może

⁶¹ Por. J. J. Moreso, „Conflitti fra principi costituzionali”, *Ragion Pratica* 18/2001, s. 201–221; z zarzutami B. Celano, „«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Ragion Pratica* 18/2001, s. 223–239 oraz z kontr-zarzutem G. Pino, *Diritti e interpretazione...*, s. 191: „nie istnieje żadna reguła absolutnie niepodważalna”.

chodzić o przypadek pierwszy lub drugi – o *definitional balancing* lub o *balancing ad hoc*, zgodnie z niejednoznaczną terminologią używaną w USA – ponieważ oba są skorelowane: ta sama decyzja może zawsze być wyrażona albo jako specyficzna reguła, albo jako zasada ogólna⁶².

Wreszcie piątą tezę neokonstytucjonalistyczną głosi, że subsumpcja i wyważanie wykluczają się wzajemnie, podobnie jak reguły i zasady: subsumpcja byłaby zarezerwowana dla reguł, ważenie dla zasad. Tu również mielibyśmy wszelkie powody, by krytykować tę niedającą się utrzymać tezę, gdyby już dawno główni teoretycy neokonstytucjonalizmu jej nie porzucili: Dworkin 30 lat temu, gdy zastąpił dystynkcję reguła–zasada teorią prawa jako interpretacji, zaś Alexy, sprowadzający tezy Dworkina do Europy, i Zagrebsky, importujący tezy Alexy’ego do Włoch, uczynili to co najmniej 10 lat temu⁶³. Polowanie na ideologie również powinno uznać tę granicę – kiedy przeciwnik porzuca z własnej woli pole walki, wystarczy zastosować wobec niego starą maksymę „trzeba zbudować złoty most wrogowi, który ucieka” (wł. *a nemico che fugge ponti d’oro*).

V. Konkluzja

W opracowaniu starałem się wykazać w sposób negatywny, że jeśli neokonstytucjonalizm nie istniałby jako teoria prawa, żadna inna teoria prawa nie mogłaby istnieć: wszystkie byłyby wyłącznie ideologiami. Ale szczególnie zależało mi na pokazaniu w sposób bardziej pozytywny, że neokonstytucjonalizm jest lub może być teorią prawa, norm i rozumowań

⁶² Por. już dawno P. W. Kahn, „The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell”, *Yale Law Journal* 97/1987, s. 12, przypis 46: „Każdy model wyważania, który opisuję, może wystąpić na dowolnym poziomie abstrakcji, i to samo dzieje się na każdym poziomie”.

⁶³ Por. R. Alexy, „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16/2003, nr 4, s. 433–449, a szczególnie s. 439: różnica między subsumpcją i ważeniem „is an expression of two dimensions of legal reasoning, a classifying one and a graduating one, which can and must be combined in many ways”.

prawniczych, co prowadzi do sytuacji naprawdę wartej pozazdroszczenia teorii, która by nie istniała. Jest prawdopodobne, że na mojej m i ę k k i e j obronie neokonstytucjonalizmu zaważyła pobłażliwość, jaką rodzice mają dla nieuważnych dzieci; ogólnie rzecz biorąc, nikt poza nami nie ma prawa powiedzieć im nic złego. Jednakże, kończąc z pobłażliwością, nie uważam, by neokonstytucjonalizm potrzebował być bardziej broniony. Jeśli już, to nadszedł czas, by wziąć go na poważnie.

[tłum. *Oskar Pogorzelski*]